

explora, portanto, a deficiência de julgamento e de experiência da criança;

c) a criança do anúncio não manuseia o medicamento, não estimulando, mesmo que indiretamente, outras crianças a se auto-medicarem;

d) a mensagem não exorta as crianças a comprarem o produto;

e) a frase “Peça para a mamãe S. I.” não configura estímulo para as crianças persuadirem a mãe a adquirir o produto, mas apenas mensagem, direta e educativa, para que não se auto-mediquem;

f) a mesma frase, longe de enfraquecer, consolida a autoridade materna;

g) não havendo contra-indicações, nem cuidados especiais no uso do produto, a mensagem publicitária não precisava, como não o fez, referir-se a eles.

Conclui-se, portanto, que a mensagem respeita os valores que devem ser preservados na publicidade destinada à criança, não se aproveitando de sua deficiência de julgamento e experiência e não induzindo o público infantil a comportar-se de forma prejudicial ou perigosa à saúde ou segurança. Nessas condições, e levando em conta tudo que foi dito nos incisos 15, 16 e 17 deste parecer, não há como acoimar a publicidade de abusiva.

E evidentemente enganosa ela não é, a partir da presunção de eficácia terapêutica da *Luffa operculata*, consubstanciada pelo registro do remédio no Ministério da Justiça, que exige, nos termos da lei, que a substância registrada seja reconhecidamente benéfica do ponto de vista clínico ou terapêutico (art. 21 da Lei n. 6.360/76): ver *supra*, p. 21.

VII. RESPOSTA AO QUESITO

Concluindo, passo a responder ao quesito da Consultante:

A publicidade do S. I., tal como veiculada segundo o vídeo anexo, pode ser considerada abusiva ou enganosa, nos termos do Código de Defesa do Consumidor e/ou dos princípios gerais do direito?

Resposta: Não.

QUANTO À PRETENSA ABUSIVIDADE

Partindo da presunção de o produto conter apenas as substâncias indicadas na bula e de ser a *Luffa operculata*, que é de venda livre, inofensiva à saúde e à segurança (*supra*, ns. 20-23), a publicidade não é abusiva porque:

a) medicamentos de venda livre podem ser objeto de mensagem publicitária, independentemente de autorização prévia do Ministério da Saúde, nas condições vistas acima (*supra*, ns. 13 e 14);

b) a criança na publicidade é uma realidade inconteste e admissível, desde que se observem parâmetros especiais a ela reservados (*supra*, ns. 8-11);

c) não há incompatibilidade absoluta entre a publicidade de remédios e a criança, devendo o anúncio ser examinado caso a caso, dentro da plasticidade dos conceitos de publicidade abusiva (*supra*, n. 7) e da ofensiva à saúde e segurança (*supra*, ns. 12-13) e podendo até mesmo ter caráter educativo (*supra*, ns. 15-17);

d) no caso da publicidade do S. I., verifica-se que a criança do anúncio não manuseia o medicamento, não estimulando, mesmo que indiretamente, outras crianças a se auto-medicarem; a mensagem não exorta as crianças a comprarem o produto; a frase “Peça para a mamãe S. I.” não configura estímulo para as crianças persuadirem a mãe a adquirir o produto, mas apenas mensagem, direta e educativa, para que não se auto-mediquem; a mesma frase, longe de enfraquecer, consolida a autoridade materna (*supra*, n. 24);

e) o anúncio não se aproveita da deficiência de julgamento e de experiência da criança; embora o destinatário principal da publicidade seja o consumidor do produto seja o público infantil, tratando-se de remédio os adquirentes são os pais e não a criança (*supra*, n. 10).

Conclui-se, portanto, que a mensagem não se enquadra no § 2.º do art. 37 CDC, respeitando os parâmetros internacionalmente fixados para a publicidade destinada ao público infantil, não o induzindo a comportar-se de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança, nem explorando a deficiência de julgamento e de experiência da criança.

QUANTO À ENGANOSIDADE

A publicidade não é enganosa, na medida em que prevalecer a robusta presunção quanto às propriedades terapêuticas da *Luffa operculata* (*supra*, ns. 21-23).

É o parecer.

São Paulo, 28 de setembro de 1992 — Ada Pellegrini Grinover, Professora Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

★

DA CAUSA DE PEDIR NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

PARECER

Tendo em vista ação de investigação de paternidade ajuizada por Gilberto Félix contra os filhos e herdeiros de R. U. R., consultamos os ilustres advogados dos demandados:

— Após contestada a demanda e realizada a instrução, poderia o autor apresentar, e o juiz aceitar como prova bastante, certidão de retificação do registro de nascimento do demandante, deslocando em dois anos a data de seu nascimento, de forma a fazer coincidir o momento provável da concepção com época

em que a mãe do investigante já estaria residindo (como doméstica) no estabelecimento rural de propriedade e onde morava o suposto pai?

— Esta modificação no registro de nascimento configura defesa alteração da *causa petendi*?

— Apresentam valor probatório as declarações de algumas testemunhas, no sentido de que o progenitor dos ora réus a elas confienciara ser o pai do investigante?

— O tratamento de *pai*, que o autor, quando infante, dirigia a R. U. R., possui algum relevo probatório no contexto fático que os autos revelam? Ao autor socorria a *posse de estado*?

— A prova dos autos autoriza a suposição de que tenha ocorrido *concubinato* entre a mãe do autor e o pai dos réus?

— A prova dos autos autoriza a suposição de que a mãe do autor e o pai dos réus mantiveram relações sexuais *coincidentes* com o momento provável da concepção do investigante?

— Apresentam valor probatório as declarações de testigos alusivas a eventual parença física entre o autor e o suposto pai?

I. SÍNTESE DOS FATOS JURIDICAMENTE RELEVANTES

1. Gilberto Félix (ainda com o apelido grafado como 'Feliz') ajuizou em setembro de 1988, no foro de São Lourenço do Sul, ação de investigação de paternidade, cumulada com petição de herança, contra os herdeiros de R. U. R., sob a alegação de que nascera, aos 19 de setembro de 1945, em decorrência de relações sexuais entre sua genitora Joana, 'peona de estância' (*sic*), com o jovem proprietário R. U. R.; inicialmente esporádicas, as relações evoluíram para um convívio '*more uxorio*'.

Afirmou a simplicidade, honestidade e recato de sua mãe, e que "o tratamento entre investigante e investigado sempre foi de pai para filho", até a morte de R. U., em julho daquele ano de 1988.

Refere que ele e Joana foram sempre sustentados pelo investigado, 'não como empregados, mas como pessoas da família'; aliás, somente após prestar o serviço militar, e de retorno à fazenda, passou o demandante a perceber salário, mas sem cumprimento, pelo empregador, de outras obrigações trabalhistas, porque filho do mesmo.

Alude, ao final, à existência de impressionante 'semelhança física entre pai e filho'.

Itens 2 a 7 ... *omissis* ...

8. Vale aqui anotar que, em 20.9.90, o autor requereu a *retificação de data em seu assento de nascimento*, bem como a retificação de seu apelido de família para Félix ao invés de Feliz, retificações estas deferidas, em procedimento de *jurisdição voluntária* (sentença de 4.12.91).

Peticionou a seguir, nos autos da ação investigatória, rogando que da inicial passasse a constar "a data certa de seu nascimento" (*sic*), aos 19.9.47, e não de 1945 (f. 306).

9. Após a apresentação de memoriais (*rectius*, de *razões finais escritas*), sentenciou o magistrado (fs. 352-363) dando pela *procedência do pedido declaratório de filiação* e igualmente julgando procedente, em termos, a *petição de herança*, condenados os réus "a entregarem ao autor a quota a que tem direito na sucessão do investigado, com os respectivos frutos e rendimentos, que serão contados a partir da intimação desta sentença, oportunidade em que os réus passarão a ser possuidores de má-fé, conforme se vem entendendo (RJ TJRS, 118/268)".

10. Do veredicto monocrático *apelaram*:

O autor (fs. 366-369), *em parte*, pleiteando a reforma da sentença para que os frutos e rendimentos sejam contados em seu favor a partir da data da abertura da sucessão, inovando o art. 1.778 do C. Civ.;

Os réus (fs. 371-383), postulando a integral improcedência do pedido, e isso porque:

a) com a retificação da inicial no tocante à data de nascimento do autor, teria ocorrido alteração da *causa petendi*, aliás após colhida a prova oral, com infringência destarte ao art. 364 do C. Pr. Civ. e ao princípio constitucional da *plena defesa*;

b) não fora comprovado o *concubinato*, mas sim, ao invés, a conduta absolutamente não recatada de Joana, mãe de muitos filhos de pais indeterminados;

c) não contém os autos prova alguma das alegadas relações sexuais entre a mãe do autor e o suposto pai;

d) não se opõem os réus à perícia hematológica pelo sistema DNA, desde que realizada em Porto Alegre; opõem-se, isto sim, à perícia hematológica comum, "por inconclusiva e inoportunamente indicada"; e alvitram a possibilidade de a Câmara, se assim entender conveniente, determinar diligência para a efetivação da perícia genética;

e) não ficou comprovada semelhança fisionômica entre o demandante e o suposto pai;

f) a prova testemunhal, com "dois blocos de testemunhas conflitantes", não admite "qualquer conclusão segura em prol da versão de um ou de outro dos grupos", máxime porque não aludido qualquer *fato objetivo* que autorize inferir as alegadas relações sexuais.

11. Com as contra-razões, e após pareceres do MP pelo não provimento da apelação dos demandados, e pelo parcial provimento do recurso do autor, a fim de que os rendimentos sejam contados a partir da citação, encontra-se o processo em fase de julgamento pela egrégia Câmara.

II. DA ALTERAÇÃO DA CAUSA PETENDI. PECULIARIDADES DA CAUSA PETENDI NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

12. Questiona-se se a “retificação” da petição inicial, com o ‘avanço’ da data de nascimento do autor, de 19.9.45 (f. 2) para 19.9.47 — *adiantando-se assim, em dois anos, o período provável da concepção* —, retificação esta procedida após o término da fase de instrução processual, constitui ou não, alteração da causa petendi, defesa nos termos do art. 264 do C. Pr. Civ.

Preliminarmente, parece-nos despidendo o argumento do autor de que os réus, citados no procedimento de retificação do registro civil — *ut* art. 109 da Lei n. 6.015/73 —, deixaram de impugnar tal pedido e, portanto, estariam sujeitos à nova eficácia registral; não lhes seria destarte lícito, alega-se, trazer à balha o princípio constitucional da ampla defesa (contra-razões, f. 387).

Todavia, os sucessores de R. U. não podem ser considerados como interessados, no concernente ao procedimento de jurisdição voluntária, na fixação da data de nascimento do requerente, ou na exata grafia de seu apelido. Em si, para os ora réus, era tema juridicamente irrelevante o de perquirir em que ano teria nascido o filho de antiga servil na fazenda de seu falecido progenitor. Não lhes caberia, portanto, naquele procedimento, opor-se aos requerimentos do titular do registro.

13. Vejamos, destarte, se no processo de jurisdição contenciosa, na ação de investigação de paternidade com pedido cumulado de petição de herança, ocorreu ou não, ofensa à norma basililar da estabilidade da demanda.

Assim a conceitua o art. 264 do C. Pr. Civ.:

“Art. 264: Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei.

Parágrafo único: A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo.”

Arguem os réus apelantes a defesa alteração da causa de pedir, ocorrida não apenas após a decisão de saneamento do processo, mas após o término da própria instrução processual, com os conseqüentes prejuízos à defesa e com infringência do princípio constitucional do contraditório (CF, art. 5.º, LV).

14. Depois de sublinhar a complexidade do conceito de causa petendi, refere CHIOVENDA, inicialmente, que cumpre *excluir* seja causa petendi “a norma de lei invocada pela parte em juízo”, porquanto a demanda deve ser identificada “por meio dos elementos de fato que tornaram concreta a vontade da lei, e não pela norma abstrata de lei”. Assim, “a simples mudança do ponto de vista jurídico

(ou seja, a invocação duma norma diferente no caso de que um fato possa incidir em diferentes normas de lei), não importa diversidade de ações; é lícita, portanto, assim à parte como ao juiz. Pelo fato de mudar-se o ponto de vista jurídico, só por si, não se evita a exceção de coisa julgada”.¹

Ensinou, outrossim, o sempre lembrado mestre, que impende não confundir, dentre os fatos expostos no processo, os fatos jurídicos e os fatos simples: “quando se muda o fato simples ou motivo, mas para deduzir-lhe o mesmo fato jurídico, não há diversidade de ação; não há mudança de demanda; perdura a exceção de coisa julgada” (*idem, ibidem*). Seriam fatos jurídicos aqueles “de que deriva a existência, a modificação ou a cessação de uma vontade concreta de lei; como tais, distinguem-se dos fatos simples ou motivos, que só têm importância para o direito enquanto possam servir a provar a existência de um fato jurídico”.²

O eminente processualista JOSÉ MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETO apresenta a questão com a habitual perspicácia:

“Haverá modificação causal (da causa petendi, ou do fundamento da pretensão), se for substituído o fato em que se baseava o pedido, e mercê do qual foi ele feito. Há que distinguir, aqui, com nitidez. O que interessa, para o diagnóstico perfeito da modificação da demanda, é ver se o fato ou fatos, em que se fundamenta o autor, foram modificados, entendidos estes como aqueles que servem à própria identificação da relação jurídica material. Fatos secundários, que servem para completar o quadro dos fatos narrados, se modificados, ou retificados, não alteram a demanda. O que não é possível é modificar-se o *acontecer histórico* que dá base à demanda”.³ E PONTES DE MIRANDA, com precisão: “Simples mudança de fato na sustentação dos fundamentos da ação não constitui alteração do pedido. O art. 264 é inaplicável”.⁴

Postas estas premissas, cumpre constatar se a alteração do período provável da concepção, através de documento (“retificação” do assento de nascimento) trazido tardiamente aos autos, configura uma *lícita modificação de fato simples*, ou se se apresenta como *proibida modificação de fato jurídico absolutamente inerente à causa de pedir*.

Em suma: ao sentenciar, adotando como data de nascimento do investigante a de 19.9.47, data constante do assento após retificado, terá o magistrado de primeiro grau ofendido a própria letra do art. 264 do C. Pr. Civ., ou deixado de aplicá-lo no caso concreto?

1 CHIOVENDA, “Instituições”, trad. port., vol. I, § 14, n. 111.

2 *Idem* § 1º, n. 3.

3 “Direito Processual Civil — Teoria Geral do Processo de Conhecimento”, RT, 1972, Parte Sexta, n. 8, p. 132.

4 PONTES DE MIRANDA, “Comentários ao C. Pr. Civ.”, FORENSE, 1974, vol. III, p. 389.

15. Cabe, diga-se, uma ponderação: afirma o magistrado, na sentença, que a decisão relativa à alteração do registro de nascimento do autor teria "transitado em julgado" no processo "no qual foram citados os requeridos" (f. 355).

Laborou todavia em equívoco, *data venia*. Segundo mesmo o saudoso JOSÉ FREDERICO MARQUES, "os procedimentos de jurisdição voluntária não produzem coisa julgada e as decisões neles proferidas também não podem ser objeto de ação rescisória".⁵

Embora a afirmativa final, da não admissibilidade da ação rescisória, seja objeto de alguma controvérsia, não o é o da *inexistência em tais procedimentos de coisa julgada material*: "Se a ocorrência da coisa julgada material é inerente à jurisdição contenciosa — mesmo, às vezes, com sacrifício da verdade e da justiça —, ocorre exatamente ao contrário na jurisdição voluntária: a ausência de 'coisa julgada material' é inerente à jurisdição voluntária, desde que o efeito seja na mesma enquadramento, e ainda que não haja norma expressa a respeito".⁶

"Como a sentença em jurisdição voluntária não produz coisa julgada material, pode ser modificada ou alterada, a qualquer tempo, desde que provocado novamente o órgão jurisdicional por qualquer interessado ou pelo Ministério Público" ... "Entende-se que em jurisdição voluntária a sentença tem força de coisa julgada (quando transitada em julgado) unicamente no sentido formal".⁷

"Quando o que se pede ao juiz tem por base um negócio jurídico a ser integrado ou completado, o caso é de jurisdição voluntária, e então o que se desenvolve posteriormente é um procedimento judicial destinado a preparar a decisão que deve completar o ato de direito privado" ... "Não há, nesses casos, a atividade substitutiva e secundária que caracteriza a jurisdição propriamente dita, e por isso a doutrina escusa-se de reconhecer, neles, o exercício dessa função estatal. Deles não resulta, pois, a coisa julgada, que é figura conceitualmente peculiar ao procedimento contencioso".⁸

16. Nos termos do art. 363 do C. Civ., os "filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art. 183, ns. I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação" (*rectius*, de acordo com o art. 227, § 6.º, da CF: "os filhos têm ação contra os pais, para demandar o reconhecimento da filiação"):

I — Se ao tempo da concepção a mãe estava concubina com o pretendido pai.

II — Se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ela.

III — Se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente."

Vale notar, como o fez ESTEVAM DE ALMEIDA,⁹ que realmente o inciso II desdobra-se em duas proposições distintas:

1. Se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai;

2. Se a concepção do filho reclamante coincidiu com as relações sexuais entre sua mãe e o suposto pai.

17. Estas hipóteses, elencadas no art. 363 do C. Civ., podem ser consideradas como diferentes *causas de pedir* na ação de investigação, ou simplesmente devem ser recebidas como *pressupostos de admissibilidade da ação*, conducentes à aceitação do *legítimo interesse de agir* a socorrer o demandante?

O professor MÁRIO DE AGUIAR MOURA,¹⁰ em muito interessante estudo, alude às três correntes doutrinárias sobre a caracterização da *causa petendi* nas demandas investigatórias de paternidade:

a) a que põe a causa de *pedir nos fatos*, ou conjunto de fatos, aludidos casuisticamente na lei civil;

b) a que põe a causa de pedir *no fato da procriação biológica*, o que aliás levará ao entendimento de que todas as demandas investigatórias têm, ao fim e ao cabo, *uma única causa de pedir*;

c) a terceira corrente "reúne os componentes que aquelas duas primeiras separam", e isto porque, segundo o citado autor:

"... só o fato da admissão da ação, que serve apenas para criar uma presunção *hominis* a favor do investigador, não é bastante por si para conduzir à procedência da investigação. Como matéria profunda, como substrato da investigação da paternidade está a geração biológica. Esta verdade resulta evidente, quando se analisa que a prova da impossibilidade de ter o investigado mantido relações sexuais com a mãe do investigador, ou fornecido o sêmen para a fecundação artificial por sofrer impotência 'generandi', v.g., conduz necessariamente à improcedência da ação, ainda que provada a hipótese invocada."

Em consequência, segundo AGUIAR MOURA, "provado o primeiro elemento da causa de pedir, que é o da enumeração da lei, há de o juiz ir além em busca da comprovação do fato gerador, quer pela presunção surgida daquele primeiro elemento, quer pela prova conjuntural".¹¹

5 "Ensaio Sobre Jurisdição Voluntária", Saraiva, 2ª ed., 1959, § 29, n. 3, p. 304.

6 ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, "Comentários ao C. Pr. Civ.", Ed. RT, 1982, vol. XII, n. 22, ps. 80-81.

7 EDSON PRATA, "Comentários ao C. Pr. Civ.", 2ª Coletânea, FORENSE, 1978, vol. VII, ps. 44-46.

8 CELSO NEVES, "Coisa Julgada Civil", RT, 1971, p. 472.

9 "Manual do Código Civil Brasileiro", de PAULO LACERDA, vol. VI, 1952, n. 173.

10 *Ajuris*, 17/156.

11 *Ibidem*, p. 161.



18. Acolhendo em princípio a colocação doutrinária do ilustre professor, a qual se nos afigura a mais consentânea com a natureza peculiar da demanda e — pedra de toque de qualquer construção doutrinária —, com as necessidades do processo como instrumento de busca *metódica e segura* da verdade real, impende todavia assinalar que no direito brasileiro o pressuposto “relações sexuais” está contido não apenas no inciso II, segunda parte, do art. 363 do C. Civ., como também em todos os outros permissivos legais.

Realmente, não basta o concubinato, não basta o rapto, não basta o escrito de reconhecimento da paternidade. Se a prova dos autos afastar a possibilidade de *relações sexuais no período provável da concepção* (o concubino estava em local longínquo durante aquele período; ou o autor do rapto padecia de impotência *coeundi*; ou o autor do escrito agira *pietatis causa*), então a relação de filiação não estará comprovada e a demanda será improcedente.

Aliás, *a rigor, não bastam* as relações sexuais coincidentes com o período provável da concepção. Por motivos vários, como o ciclo feminino de fecundidade, o uso de preservativos, etc., poderão as relações sexuais *com o investigado* não resultar em concepção. A gravidez poderá ser decorrência de haver a mulher mantido, no período provável da concepção, relações sexuais com outro ou outros homens que não o suposto pai, apresentando-se então viável a *exceptio plurium concubentium*.

19. O Código Civil foi editado quando vigente o pressuposto de que a mãe *semper certa est*; o pai seria *quem nuptiae demonstrant*, ou quem, embora com possível menor força, o concubinato demonstrasse.¹² Em consequência, houve à época que adotar posição de precaução em tema de tão graves consequências, enumerando-se como casos de investigação aqueles em que o autor pudesse invocar fato, ou fatos, capazes de motivar a presunção *hominis* de filiação.

Hoje, com as modernas técnicas de pesquisa dos antígenos leucocitários de histocompatibilidade — HLA —,¹³ ou do recentíssimo exame de individualidade genética — DNA —,¹⁴ é possível cientificamente afirmar, *com certeza*, que *A não pode ser filho de B*, ou, ainda, que *realmente A é filho de B*.

Todavia, em casos muitos, em decorrência do falecimento da mãe do investigante, ou do falecimento do suposto pai, ou do decesso *de ambos* (como ocorreu no caso dos autos...), o grau de certeza proporcionado pelas técnicas científicas é substituído por conclusão de

probabilidades, ou de meras possibilidades, ou simplesmente tais exames não mais se apresentam como concludentes e/ou possíveis.

Haverá, então, que perquirir a relação de filiação através dos métodos probatórios ‘tradicionais’, como fez o magistrado na demanda para a qual emitimos o presente parecer.

20. Passemos, já agora, ao *punctum dolens* deste primeiro quesito, pertinente diretamente à *mutatio libelli*, vetada nos termos dos arts. 264 e 128 do C. Pr. Civ.

O autor colocou como *causas de pedir* o concubinato e as relações sexuais que afirma haverem ocorrido entre sua progenitora Joana e o progenitor dos réus.

Vale referir, no azo, apenas o tema *relações sexuais*, aliás supostas igualmente na *causa petendi* concubinato. O magistrado, ao julgar do mérito, pôs de lado a invocação ao concubinato, inclusive porque, ao seu sentir, Gilberto teria sido concebido “logo no início do período em que Joana passou a trabalhar para R. U.”; desnecessária seria, portanto, perquirir sobre a alegada superveniência de vida *‘more uxorio’*, afirmada na petição inicial.

Expressamente aceitando como data de nascimento a de 19.9.47, teria o juiz alterado a *causa petendi* exposta na inicial, ‘substituindo-a por outra causa de pedir’?

Poder-se-ia, é certo, argumentar que fora mantida no veredicto singular a causa de pedir “relações sexuais coincidentes com a concepção”, proposta na inicial.

Porém, *e esta é a questão relevante*, a regra da estabilidade da demanda é infringida não apenas quando a sentença afasta a causa de pedir posta na inicial, e aceita *outra causa de pedir* alheia à inicial, como *também nos casos em que o magistrado venha a aceitar modificação dos fatos jurídicos essenciais à causa de pedir, tal como posta na inicial e objeto da contestação e da instrução probatória*. O tema, aliás, envolve igualmente os princípios da ampla defesa, da substanciação e do contraditório pleno.

Está em ARRUDA ALVIM: “Os nossos Tribunais vedam, sistematicamente, a alegação de outros fatos que não os constantes da inicial, desde que estes fatos sejam fundamentais da ação”.¹⁵

O professor OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, em interessante ensaio sobre ‘Os Limites Objetivos da Coisa Julgada’, alude a que “hão de haver fatos que entram na individualização da *causa petendi*; outros indiferentes, cuja mudança não implica mudança na ação”.¹⁶

21. Ora, na ação investigatória com arri-mo no art. 383, II, segunda parte, a *causa de pedir não é simplesmente a ocorrência de relações sexuais* entre a genitora do investigante e o suposto pai; é, isto sim, a *ocorrência de relações sexuais coincidentes com a concepção do demandante*.

12 PONTES DE MIRANDA, “Tratado de Direito de Família”, vol. III, § 224, n. 8.

13 Prof. LUIZ FERNANDO JOBIM, Rev. *Ajuris*, 46/182.

14 Prof. SÉRGIO D. J. PENA, in “Direitos de Família e do Menor”, SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, 3ª ed., 1993, Ed. Del Rey, ps. 243 e segs.

15 Ob. cit., *ibidem*.

16 “Sentença e Coisa Julgada”, Ed. Fabris, 1979, p. 163.

O reclamante deve afirmar, na inicial, *em que data nasceu, e portanto em que período terá sido concebido*, e deve provar que *naquele período* sua mãe e o investigado teriam mantido relacionamento carnal (postas de lado, por sua excepcionalidade, os casos, que aqui não interessam, de concepção *in vitro*).

Na defesa, o réu (ou seus herdeiros) buscará demonstrar que *naquele período* tais relações não ocorreram, embora em certos casos (*não no dos autos*) tais relações possam ter sucedido anteriormente ou posteriormente.

Assim, no caso objeto deste parecer, os réus dirigiram sua defesa à comprovação de que no período de dezembro de 1944, data provável de concepção do autor segundo a expressa narrativa da inicial, o suposto pai residia em terras no Taim, município de Rio Grande.

Nos depoimentos de:

ALVARY BECKER DOS SANTOS: "... que R. U. teve granja naquela localidade no período de mais ou menos 1940/1941 até por volta de 1946, não podendo o depoente precisar bem as datas..." (f. 231); HOMERO BARBOSA MENDES: "... o depoente conheceu R. por volta de 1948/1949, logo em seguida que o mesmo veio do Taim..." (f. 234); PEDRO CASSALHA: "... o depoente conheceu Joana, a qual foi para a fazenda de R. por volta de 1946 a 1947..." (f. 234v.); ARNO ROSENBECKER: "... o depoente conheceu R. por volta de 1948 em sua fazenda neste município, sendo que fazia tempo que o mesmo havia chegado lá do Taim..." (f. 232v.).

Além disso, vários documentos foram trazidos pelos demandados exatamente para corroborar a afirmativa da contestação de que o investigado, com sua legítima esposa e os filhos mais velhos, residiu, e trabalhou como orizicultor no Taim de 1940 a setembro de 1946, e destarte *não poderia ele ser o pai do autor, concebido por dezembro de 1944!*

Assim a inicial; assim a contestação: assim foram estabilizados os fatos jurídicos *inerentes e essenciais à causa petendi*.

Alterando o fato jurídico *tempo*, essencial à *coincidência* prevista no art. 336, II, do C. Civ., o autor ignorou o princípio da estabilidade da demanda, absolutamente cogente após a etapa de saneamento; e aceitando tal alteração, o magistrado, *permissa venia*, ofendeu frontalmente a norma de lei acima mencionada.

Parece-nos, portanto, cabível a *cassação da sentença*, para que *outra venha a ser proferida* obedecidos os fatos constitutivos tais como narrados na inicial, isso se a egrégia Câmara, pelos motivos que a seguir serão expostos, *não entender de melhor alvitre desde logo apreciar o mérito da causa*.

III. DO VALOR PROBATÓRIO DE ALEGAÇÕES PRESTADAS POR ALGUMAS TESTEMUNHAS, NO SENTIDO DE QUE O PROGENITOR DOS RÉUS A ELAS TERIA CONFIDENCIADO SER ELE O PAI DO INVESTIGANTE.

22. O segundo quesito que nos foi proposto indaga do valor probatório das declarações prestadas por algumas testemunhas, no sentido de que o progenitor dos réus a elas teria confidenciado ser ele o pai do investigante.

Tais depoimentos foram os seguintes:

Iolanda Specht da Rosa, segunda esposa de um irmão de R. U., declarou: "... tem conhecimento dos fatos, informando que tomou conhecimento dos mesmos pelo próprio falecido R. U., o qual lhe disse que Gilberto era seu filho, inclusive ensinando-o a chamá-la de tia e de tomar a bênção" (f. 226); Darci Rodrigues da Silva, refere que o autor é filho de R. porque "... este disse ao falecido pai do depoente..." (f. 227); Oscar Fernando Specht, testigo contraditado pelos réus, afirmou ter sido "... amigo íntimo de R. ... e este lhe confidenciou que efetivamente o autor era seu filho..." (fs. 228 e v.); Adi Fortes, 'tio da companheira do autor', e que mantinha conhecimento com o investigado "... apenas de estrada...", declarou ter sabido "... pelo próprio R. U., que Gilberto era seu filho..." (f. 229).

23. Serão juridicamente relevantes estes depoimentos? Poderão ser aceitos como convincente prova de 'confissão extrajudicial' do suposto pai, ante a norma do art. 363, III, do C. Civ., *que exige escrito a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente?*

Lembrou ESTEVAM DE ALMEIDA que a citada norma fora inspirada pelo art. 135, n. 1, do Código espanhol: "*El padre está obligado a reconocer al hijo natural en los casos siguientes: 1. Cuando existir escrito suyo indubitado en que expresamente reconozca su paternidade...*"¹⁷

O saudosos advogados CAMILO MARTINS COSTA, em razões forenses oferecidas nos idos de 1937 à então Corte de Apelação de nosso Estado, arrola antigos arestos no sentido da desvalia das confissões extrajudiciais:

"Confissões verbais da paternidade, que algumas das testemunhas do autor atribuem ao pretense pai, não constituem elemento probatório valioso, pois em face da nossa lei, assim como da lei francesa, só tem valor probante a confissão de paternidade feita por escrito e de modo expressivo".¹⁸ "Quanto às pretendidas confissões orais paternas, nenhum valor merecem em face da nossa lei, pois em tal assunto exige-se confissão, não-somente por escrito, como ainda manifestada de forma expressa (C. Civ., art. 363, n. 3)".¹⁹

¹⁷ Ob. cit., n. 175.

¹⁸ PLANIOL e RIPERT, vol. 2º, n. 908, p. 763; Ac. da 1ª Câm. Civ., de 6.1.34, in Justiça, vol. 4º, p. 443.

¹⁹ Ac. da 1ª Câm. Civ., de 6.1.34, in Justiça, vol. 4º, p. 443.

Em tempos modernos, vale o magistério de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

"Exigindo a lei o *escrito* daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente, não pode ser substituído pela confissão não escrita. A prática profissional aponta a generalização das ações em que o investigador alicerça sua pretensão em declarações colhidas de testemunhas, no sentido de ter o suposto pai declarado a conhecidos, amigos ou parentes, que aquele é seu filho. *Trata-se de uma deformação*, que não se convalida em preceito pelo fato de uma ou outra Corte de Justiça a ter acolhido. A *confissão não escrita, ainda que reiterada, não constitui prova de paternidade.*"²⁰

Não discrepava o magistério do renomado FILADELFO AZEVEDO:

"Assim, se o concubinato ou as relações sexuais podem ser, e naturalmente são provados por meio de testemunho, inadmissível é, ao contrário, que esse veículo seja idôneo para demonstrar a confissão, que a lei determinou revestisse a forma escrita. Tolere-se a maior extensão no interpretar o n. III do art. 363 do C. Civ.; permita-se a maior elasticidade na busca e decifração de escritos, por menos importantes ou muito equivocados que sejam, mas nunca se possa aceitar a substituição do escrito por uma suposta confissão verbal, transmitida, embora, por várias testemunhas".²¹

24. *Manifestações verbais do investigado, relativamente à paternidade do autor, feitas eventualmente a parentes, amigos ou conhecidos, não podem destarte amparar ação investigatória sob o pálio do art. 363, III, do C. Civ.*

O professor MÁRIO AGUIAR MOURA, após transcrever trecho de aresto do TJRS (in Revista Jurídica, 15/209) no sentido de que "confissões verbais da paternidade, que algumas das testemunhas, arroladas pelo autor, atribuem ao pretense pai, não constituem elemento probatório valioso", admite apenas que os testemunhos de *auditionibus* possam, no conjunto da prova, servir de subsídios.²²

Diga-se que serão meros subsídios *ancillares*, nos casos de investigatórias propostas sob fundamentos outros, sob pena de desvirtuamento da cogente formalidade prevista no inciso III, norma que serve à *estabilidade e segurança das relações personalíssimas*, e não poderá ser *elidida por meios travessos*.

IV. DO TRATAMENTO DE "PAI" E DA POSSE DE ESTADO, INVOCADOS NA PETIÇÃO INICIAL

25. Consoante a inicial, o tratamento "entre investigador e investigado sempre foi de

pai e de filho", afirmando-se que o investigado nunca teria negado "sua condição de pai do autor, quer na intimidade quer em público", mãe e filho sustentados pelo investigado "como pessoas da família" (fs. 2-3).

O magistrado adotou tal entendimento: "As testemunhas Darci Rodrigues da Silva (f. 227), Hipólito Ribeiro (f. 230v.) e o próprio demandado J. R. C. R. são unânimes no sentido de que o autor chamava o investigado de pai" (*sentença*, f. 358).

Diga-se que algumas testemunhas declararam, outrossim, que o investigado chamava o autor de 'filho': assim, Iolanda Specht da Rosa (f. 226); Adi Foster (f. 229); Nelson Muhlenberg (f. 229v.).

Já Hipólito Ribeiro (f. 230v., arrolado, como os testigos antecedentes, pelo autor) informou que o investigado chamava o autor de 'Beto'; e Pedro Cassalha (f. 234v., tio dos réus e por estes chamado a depor) disse ter conhecimento de que "Gilberto chamava R. de pai, no entanto, este não o chamava de filho".

26. Questiona-se, pois, a *posse de estado*, que o primitivo projeto de C. Civ. incluía entre os casos de investigação de paternidade, qualificada (àquela época) de ilegítima; o dispositivo, entretanto, foi suprimido no texto final da lei civil.

Em verdade cuida-se do elemento *reputatio* ou *tractatus*, vinculado aos cuidados e atenções que o pretendido pai tenha dispensado ao investigante: "é a atitude continuada, reiterada e inequívoca de amparo ou proteção, desvelos ou cuidados, assim de ordem moral como material".²³ *Tractatus* alude "à circunstância de ser *tratado como tal*, isto é, sustentado, educado e protegido pela pessoa de que se supõe filho".²⁴

Ensinou DEMOLOMBE: "*Elle est une véritable reconnaissance: lorsqu'un homme a constamment et publiquement traité un enfant comme le sien, lorsqu'il l'a présenté comme tel dans sa famille, dans la société, lorsqu'il lui a donné son nom, lorsqu'il a, en qualité de père, toujours pourvu à ses besoins, à son entretien, à son éducation, il est impossible de ne pas dire qu'il l'a reconnu.*"²⁵

Outros autores não vão a tal extremo, acolhendo a *posse de estado* mesmo sem indicativos de tanta evidência.²⁶

27. No caso dos autos, a prova não evidencia *posse de estado*, mesmo como conjunto de circunstâncias capazes de simplesmente "reforçar" a convicção do juiz.

O tratamento de "pai", dispensado pelo autor ao investigado, e eventual manifestação deste chamando a criança de "filho", apre-

20 "Reconhecimento de Paternidade", 4ª ed., 1993, n. 57, p. 118.

21 RF, 81/579.

22 "Tratado Prático de Filiação", 2ª ed., 1984, vol. 2º, n. 49.

23 AGUIAR MOURA, ob. cit., n. 55.

24 ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, "Investigação de Paternidade", 3ª ed., 1958, n. 183.

25 *Apud* "Manual", de PAULO DE LACERDA, vol. VI, n. 176.

26 CAIO MÁRIO, ob. cit., n. 63.

senta-se suficientemente explicável pela situação que o processo retrata, revelando o desejo do infante de possuir alguém a quem chamar de progenitor, e o dono da fazenda uma louvável conduta de benemerência, afeição ou piedade, aceita por sua esposa, d.^a C.

Tornar-se-ia muito difícil, diga-se desde logo, compreender a atitude da “dona de casa”, que com o marido vivia e convivia em plena harmonia (e assim todos os testemunhos), em mantendo a empregada doméstica (*e reconduzindo-a ao antigo emprego*, depois de um período de afastamento), se entre o filho da empregada e seu marido realmente houvesse ostensiva conduta reveladora da relação de paternidade, então dita “adulterina”.

Objetivamente, não consta do processo que R. haja cuidado da educação do autor, salvante referência sem maior significação no depoimento algo suspeito de Oscar (f. 228v.); que o tenha levado em sua companhia em visitas a amigos ou parentes, ou em idas à cidade, apresentando-o como filho; que haja ajudado financeiramente Joana, buscando melhor criação de Gilberto. As coisas limitam-se a vagas afirmativas de ser “fato notório na cidade”, o de que Gilberto seria filho de R. (dep. de Iolanda, f. 226v.).

A posse de estado, a socorrer as pretensões do demandante, não está destarte caracterizada.

V. DAS ALEGAÇÕES RELATIVAS A CONCUBINATO ENTRE A MÃE DO AUTOR E O INVESTIGADO

28. Indagam ainda os consulentes se a prova dos autos autoriza a assertiva de que tivesse sido mantido *concubinato* entre a mãe do autor e o investigado.

Esta foi proposição lançada *na inicial*, a de as alegadas “relações”, inicialmente “esporádicas”, com o correr do tempo ter-se-iam tornado “relações permanentes”, caracterizando “um convívio *more uxorio*”, “eis que o investigado passava mais tempo na fazenda do que na cidade” (f. 2).

O magistrado julgou procedente o pedido apenas pelo art. 363, II, segunda parte, forte na consideração de que o concubinato “a prova demonstrou inexistente”, porém Gilberto fora concebido “logo no início do período em que Joana passou a trabalhar para R. U.” (f. 355).

Efetivamente, com solar clareza, todos os testemunhos, inclusive o depoimento pessoal do investigante, referem que na casa da fazenda também permanentemente morava Dona C., e que “R. nunca foi separado de C.” (dep. do autor, f. 224v.).

Assim as testemunhas *do demandante*:

Iolanda Specht da Rosa: “... que Joana morava na própria casa da fazenda de R.; que C. morava com R. também no local...” (f. 226v.); Osmar Ismael da Rosa Filho: “... que C. e R. U. nunca se separaram...” (f. 227v.);

Oscar Fernando Specht: “... que o depoente não tem conhecimento que R. U. e C. tivessem se separado...” (f. 228v.); Nelson Muhlenberg: “... que quando o depoente trabalhou na fazenda, C. e R. U. moravam juntos...” (f. 230).

29. Ora, mesmo quando residentes os companheiros em casas separadas (Súmula n. 382 do STF), e mesmo que o concubino continue morando com a esposa no lar conjugal e freqüente a companheira em outro local, *ainda assim* a caracterização do concubinato exige uma certa *comunidade de vida*; uma *notoriedade*, ainda que limitada, da união; uma *estabilidade das relações sexuais prolongadas no tempo* e, sobretudo, a “*arcta custodia ventris*”,²⁷ de molde a autorizar a presunção de que pai “é aquele que vive concubinariamente com a mãe de alguém”.²⁸

O eminente Ministro MÁRIO GUIMARÃES, quando ainda integrante do TJSP, fez constar de um seu voto que modernamente alargou-se o conceito de concubinato, pois não mais se requer a coabitação, a convivência *thoram et mensam*: “*exige-se, contudo*, que as relações entre os concubinários sejam mais ou menos prolongadas, regulares, freqüentes”²⁹ e, sobretudo haja *fidelidade* por parte da mulher”.³⁰

No caso, ora em apreciação, Joana com seus filhos morava na casa, ou em dependência anexa à casa da fazenda, na qualidade de mera *serviçal*, empregada doméstica contratada pela “dona de casa”, e não como concubina do investigado. Anote-se, ainda, que Joana *foi mãe de muitos filhos* (onze, afirma-se, ainda que alguns não registrados), *todos de pais não identificados*.

ESTEVAM DE ALMEIDA³¹ sublinhou que o “concubinato, de que cogita o Código, não se pode dizer existir só no fato de conviverem um homem e uma mulher sob o mesmo teto. Por isso é que não há concubinato em conviverem, na mesma casa, dois domésticos de sexo diferente, ou patrão e criada”. Assim igualmente CARVALHO SANTOS.³²

30. Destarte, *mesmo se fosse possível* aceitar no processo, sem ofensa à estabilidade da demanda, a alteração do registro civil do autor, *ainda assim* decorre dos autos, com evidência plena, que por *dezembro de 1946* a mãe do investigante (se é que já vivia então na fazenda...) não poderia ser concubina “teúda e manteúda” (no dizer dos antigos) do investigado, o qual vivia e convivia, sob o mesmo teto, com sua legítima esposa; aliás, deste consórcio nasceu, após o retorno do Taim, a última filha do casal, M. G.

27 MEDEIROS DA FONSECA, ob. cit., n. 161.

28 PONTES DE MIRANDA, ob. cit., § 224, n. 8.

29 JOSSERAND, “Cours”, vol. I, p. 639.

30 JEAN BEUCHER, “La Notion Actuelle du Concubinage”, p. 24; REZENDE, “Investigação de Paternidade”, p. 59 (RT, 141/663).

31 Ob. cit., n. 171, rodapé.

32 “Código Civil Brasileiro Interpretado”, Freitas Bastos, vol. V, 5ª ed., p. 475.

VI. DAS ALEGAÇÕES ALUSIVAS À OCORRÊNCIA DE RELAÇÕES SEXUAIS ENTRE A MÃE DO AUTOR E O INVESTIGADO

31. Chegamos, neste passo, à análise do quesito alusivo ao art. 363, II, segunda parte, do C. Civ.: a prova dos autos autoriza a conclusão a que chegou o magistrado, de que Joana e o investigado mantiveram relações sexuais coincidentes com o período provável da concepção do autor?

Em primeiro lugar, cumpre aqui reiterar a proposição contida na resposta ao primeiro dos quesitos, no sentido de que a aceitação da 'nova' data de nascimento do investigado importou, neste processo de jurisdição contenciosa, em defesa alteração da causa pendente.

E é absolutamente indubitoso que até meados de 1946 o investigado, com sua esposa e filhos, mantinha residência e domicílio no município de Rio Grande, lugar Taim, onde o varão se dedicou à orizicultura. Assim, não poderia ser ele o progenitor da criança nascida em setembro de 1945, conforme o assento de nascimento original, lavrado em 1964, sendo declarante o próprio registrando (f. 7).

Devemos, todavia, examinar o contexto probatório aceitando, apenas para argumentar, como se eficaz fosse neste processo o assento já retificado, com o 'avanço' da data de nascimento do autor para 19.9.47 (f. 307): nestes termos, o autor teria sido concebido em dezembro de 1946, pois a imensa maioria das crianças nasce com nove meses de gestação, e ninguém sugeriu a prematuridade do demandante.

32. Isto posto, cumpre ressaltar que os autos não contêm elemento algum, sequer indiciário, que autorize a versão de que a mãe do autor, naquele mês de dezembro de 1946, já tivesse sido contratada como serviçal na fazenda de R. e C.

O que mais ou menos se sabe é que Joana veio grávida de Canguçu, onde trabalhara para o pai da testemunha João Adão Moreira (f. 269), sendo agente da gravidez um certo Adão Maurício, que se exculpou alegando que Joana já era mulher desvirginada (dep. João, f. 269; dep. José Emílio Martins, f. 269v.). Veio de Canguçu e foi residir no município de São Lourenço do Sul "em companhia de um tio, de nome Pedro Félix", assim também o depoimento de João Barbosa da Cunha, o qual disse que Joana passou a residir com o tio Pedro Félix, em cuja casa teve a criança, sendo que Pedro Félix trabalhava na fazenda do pai desse depoente (f. 232). Assim também depôs Avelino, filho de Pedro Félix (f. 233v.).

Não se sabe, todavia, o que é natural, tantos anos já transcorridos, em que ano e mês teria D.^a C. (vide depoimento de Pedro Cassalha, f. 234v.) contratado Joana para empregada doméstica na fazenda. O mesmo Pedro Cassalha dá apenas um indicativo: "... que o depoente conheceu Joana, a qual foi

para a fazenda de R. por volta de 1946 a 1947 ...", quando já tinha um filho, Sérgio Luiz. Note-se que Sérgio Luiz nasceu em 23.6.46, conforme o assento lavrado em 17.7.46, sendo declarante o tio Pedro Félix (certidão, f. 52).

Vale lembrar a afirmação dos contestantes de que, ao retornar a família do Taim, em setembro de 1946, tendo arrendado parte do imóvel rural dos seus genitores, vieram "a ocupar um rancho de torrão, expressamente referido no instrumento do contrato de arrendamento, até a construção de outra casa residencial, contratada algum tempo após" (contestação, f. 23), assertiva esta jamais desmentida. Ora, ocupando transitoriamente um humilde rancho de torrão, iriam logo contratar uma empregada doméstica, até sem lugar para alojá-la?

33. Se admitido, sempre *ad argumentandum*, que Joana, em dezembro de 1946, já estaria trabalhando para o casal R./C., será de indagar em que elemento objetivo poderá apoiar-se a versão de que naquele período R. manteve relações carnavais com a serviçal?

Faço ver, aliás, ser inverossímil que D.^a C., vivendo em plena harmonia com o marido, tenha aceito como empregada, e depois reconduzido ao posto, mulher cujo filho o investigado tratasse como se fora seu, revelando a ocorrência de relações carnavais.

a) *Concubinato*? Não houve, como vimos; b) *Posse de estado*? Não protegia, como vimos, o demandante; c) *Confidências do apontado pai a amigos ou conhecidos*? Valor probante despidendo em demanda investigatória, como vimos; d) *O 'ouvir dizer', mencionado por algumas testemunhas*? O valor do depoimentos *ex auditu alieno* é praticamente nulo. "El testimonio indirecto, ex credulitate, como lo han llamado legistas y canonistas por oposición al testimonio ex scientia, ha sido siempre y en todo lugar objeto de una legítima desconfianza";³³ e) *Grande parecença física entre o autor e o investigador*? É o tema que a seguir examinaremos.

VII. DAS ALEGAÇÕES SOBRE SEMELHANÇAS FÍSICAS ENTRE O AUTOR E O INVESTIGADO

34. No pertinente ao valor das semelhanças fisionômicas e/ou somáticas, como elemento hábil em tese a comprovar relação de paternidade, cuido tratar-se, como aludiu WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, "de subsídio probatório de valor bastante escasso. Só pelos caracteres de semelhança não é possível afirmar a paternidade".³⁴ Faz remissão, contudo, à opinião de ALMEIDA JÚNIOR, para quem a parecença entre filhos e pais é

33 FRANCOIS ORPHE "La Critica del Testimonio", trad. esp., 3ª ed., ps. 20-21.

34 "Curso de Direito Civil, Direito de Família", 13ª ed., p. 237.

mais comum que a semelhança entre estranhos.³⁵

ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA refere que: "... entre os antigos civilistas lusos, também BORGES CARNEIRO, com apoio de PEGAS e VALASCO, incluía entre conjecturas, por meio das quais se podia provar a filiação, a de que o filho 'na fisionomia do rosto se parece com o pai', acrescentando, porém, desde logo, 'a qual conjectura contudo é mui falível'.³⁶

Diga-se ser de conhecimento comum que em certos casos o 'ar de família' contribuiu para o estabelecimento da paternidade, tão ostensivas as semelhanças entre investigador e investigado; recordo o episódio, ainda recente, de filho natural do ex-presidente João Goulart. Mas também são frequentes os casos de pessoas de notável semelhança física, sem o mais remoto parentesco. Quantos sócios de PC Farias apareceram na televisão, em dias atuais, buscando notoriedade fácil?

HÉLIO GOMES, em sua "Medicina Legal" (p. 395), lembra que a sugestão, a influenciar o ânimo das testemunhas, pode motivar falsas identificações, o que "retira qualquer valor judicial à prova da semelhança fisionômica na investigação de paternidade". Também ALMEIDA JÚNIOR e CAIO MARIO, todos citados por AGUIAR MOURA.³⁷

35. É possível afirmar, isto sim, que a *dessemelhança* somática pode *afastar* a pretensão de filiação: pessoa com características negróides não pode pretender ser filha biológica de casal de origem nupônica, em cuja árvore genealógica não exista ascendente com aquelas características. Ou pessoa de caracteres somáticos orientais não poderá, em princípio, apresentar-se como descendentes de noruegueses, com linhagem genealógica sempre escandinava...

Mas o *inverso não é verdadeiro, por motivos os mais óbvios*.

Ora, *no caso concreto*, as afirmativas sobre algumas semelhanças entre o autor e o finado R. U. partem de pessoas possivelmente influenciadas, ainda que de boa-fé, pela simpatia com a causa do investigador ou por antipatias relativamente aos ora réus. São opiniões, palpites de leigos, excessivamente genéricos, incapazes de gerar convicção ou de contribuir para a *certeza moral* que deve amparar o juiz em decisões desta ordem.

Olhando os *retratos de f. 8*, não encontro similitudes entre os fotografados, ainda que o investigador se tenha colocado, ao posar, na mesma posição da foto do suposto pai. Apenas se constata que o autor e o investigado são dolicocefalos e de cor branca, o autor talvez

com alguns traços de mestiçagem. Nada mais, salvo os bigodes de corte semelhante, o que não é nada difícil de obter!

CONCLUSÕES

36. Por todo o exposto, parece-nos que a prova dos autos, por parca, lacunosa e/ou contraditória, *não autoriza a declaração de procedência da demanda investigatória*, o que conduz igualmente à improcedência do pedido cumulado de petição de herança.

Trago à balha, por todos, acórdão de que foi relator o ilustre magistrado paulista Des. ALVES BRAGA:

"Ainda que nas ações de investigação de paternidade não se chegue à verdade real, deve o juiz, para julgar procedente o pedido, ter pelo menos, pelos indícios e circunstâncias a certeza moral de que o investigado é pai do investigador. Havendo dúvida, já se não há falar em certeza moral. Os indícios e circunstâncias devem estar bem concatenados, sem que haja solução de continuidade na cadeia indicante. Rompida essa cadeia, falha a estrutura da certeza moral. Persiste a dúvida, e, na dúvida, não se imputa a alguém fato duvidoso" (TJSP, 4.^a Câm. Civ., 22.6.89, Ap. n. 113/4777-1).

37. Respondo pois, aos quesitos inicialmente formulados:

Ao primeiro. A alteração da *causa petendi* não poderia ter sido admitida pelo juiz, nem basear-se a sentença na prova proibida e produzida tardiamente, inclusive com manifesta ofensa aos princípios basilares do contraditório e da ampla defesa, sob tutela constitucional;

Ao segundo. Não apresentam valor probatório as declarações de algumas testemunhas sobre pretensas 'confissões' extrajudiciais do investigado, relativamente ao *status familiar* do autor;

Ao terceiro. O investigador não detinha *posse de estado*, capaz de fundar sua pretensão;

Ao quarto. Não ocorreu concubinato entre a mãe do autor e o suposto pai;

Ao quinto. Os autos *não contêm prova alguma* convincente de que a mãe do autor haja mantido relações sexuais com o investigado *no período de concepção deste*, e, diga-se, nem anteriormente e nem posteriormente;

Ao sexto. Não apresentam valor probatório algum as fotografias e os testemunhos relativos à suposta pareceria física entre o autor e o investigado.

É nosso parecer, salvo melhor juízo.

Porto Alegre, 21 de fevereiro de 1994 —
Athos Gusmão Carneiro, Ministro Aposentado do Superior Tribunal de Justiça. Advogado em Porto Alegre-RS.

35 "As Provas Genéticas da Filiação", p. 38.

36 Ob. cit., n. 302.

37 Ob. cit., n. 56.

